

STJ00098719

CLÊMERTON MERLIN CLÈVE

TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

2ª edição revista, atualizada e ampliada

Belo Horizonte



2014

© Clèmerson Merlin Clève
 1993 1ª edição Acadêmica
 © 2014 2ª edição revista, atualizada e ampliada Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico,
 inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Flávio Henrique Unes Pereira
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alexandre Coutinho Pagliarini	Gustavo Justino de Oliveira
André Ramos Tavares	Inês Virgínia Prado Soares
Carlos Ayres Britto	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Mário da Silva Velloso	Juarez Freitas
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Luciano Ferraz
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Lúcio Delfino
Clovis Beznos	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Cristiana Fortini	Márcio Cammarosano
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
 Presidente e Editor

Supervisão editorial: Marcelo Belico

Revisão: Cristhiane Maurício

Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Lucieni B. Santos

Bibliotecários: Izabel Antonina A. Miranda – CRB 2904 – 6ª Região

Ricardo Neto – CRB 2752 – 6ª Região

Tatiana Augusta Duarte – CRB 2842 – 6ª Região

Indexação: Ana Carolina de Camargo Clève

Pedro Henrique Gallotti Kenicke

Capa e projeto gráfico: Walter Santos

Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007

Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949

www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

C635t Clève, Clèmerson Merlin

Temas de direito constitucional / Clèmerson Merlin Clève. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

503 p.

Possui índices

ISBN 978-85-7700-810-0

1. Direito constitucional. 2. Direito público. 3. Filosofia jurídica. I. Título.

CDD: 342

CDU: 342

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 503 p. ISBN 978-85-7700-810-0.

SUMÁRIO

NOTA À SEGUNDA EDIÇÃO	17
-----------------------------	----

PARTE I

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO 1

SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM	21
1.1 Os direitos do homem e a América Latina.....	21
1.2 Para situar os direitos do homem.....	22
1.3 Propondo uma política dos direitos do homem	24
Referências	25

CAPÍTULO 2

ALGUMAS NOTAS SOBRE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
2.1 Considerações iniciais	27
2.2 Colisão de direitos fundamentais.....	27
2.3 O método hermenêutico concretizador e os princípios da interpretação constitucional	29
2.4 Princípio da proporcionalidade e direitos fundamentais.....	32
2.5 A ponderação de bens como método adequado para solução de colisão de direitos fundamentais	34
Referências	36

CAPÍTULO 3

PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DO HOMEM NOS SISTEMAS
REGIONAIS AMERICANO E EUROPEU – UMA INTRODUÇÃO AO ESTUDO
COMPARADO DOS DIREITOS PROTEGIDOS

3.1 Introdução.....	39
3.1.1 O contexto.....	39
3.1.2 Tema e justificativa	40
3.2 Comparação quanto às condições de proteção	46
3.2.1 A forma das convenções	46
3.2.2 Universo de aplicação	49
3.2.2.1 Universo de aplicação quanto aos destinatários.....	50
3.2.2.2 Universo de aplicação quanto ao tempo	51
3.2.2.3 Universo de aplicação quanto à matéria	52
3.2.3 Mecanismos protetores	54
3.3 Comparação quanto ao conteúdo protegido	58
3.3.1 Questão metodológica	58
3.3.2 Conteúdos regulados pela Convenção Americana e não regulados pela Convenção Europeia	59
3.3.2.1 Proteção da honra e dignidade humana	59

3.3.2.2	Direito ao nome.....	60
3.3.2.3	Direito a uma nacionalidade.....	60
3.3.2.4	Direito de igualdade em face da lei	60
3.3.2.5	Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica	61
3.3.2.6	Direitos econômicos, sociais e culturais	62
3.3.2.7	Outros direitos	64
3.3.3	Conteúdos regulados pelas duas Convenções	64
3.3.3.1	Proteção da vida e integridade pessoal	65
3.3.3.1.1	Direito à vida.....	65
3.3.3.1.2	Direito à integridade da pessoa	66
3.3.3.1.3	Interdição de escravidão, servidão e trabalho forçado	66
3.3.3.2	Proteção da liberdade e segurança individuais	67
3.3.3.2.1	Princípio	67
3.3.3.2.2	Garantias da pessoa privada da liberdade.....	68
3.3.3.2.3	Direito a uma boa administração da justiça.....	70
3.3.3.3	Proteção da intimidade.....	71
3.3.3.3.1	Princípio	71
3.3.3.3.2	Delimitação do conteúdo protegido	71
3.3.3.4	Proteção da atividade intelectual	73
3.3.3.4.1	Liberdade de manifestação e expressão	73
3.3.3.5	Proteção da atividade social e política.....	75
3.3.3.5.1	Direitos de reunião e de associação	75
3.3.3.5.2	Direitos políticos propriamente ditos	75
3.3.3.6	Proteção da propriedade privada.....	77
3.3.3.7	Proteção da liberdade de locomoção e residência	77
3.3.3.7.1	Princípio	77
3.3.3.7.2	Expulsões	78
3.4	Conclusão.....	78
	Referências.....	79

CAPÍTULO 4

O CIDADÃO, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO		83
4.1	Introdução.....	83
4.2	Dados genéricos sobre a questão da cidadania.....	83
4.3	Formas de participação do cidadão na gestão da coisa pública	84
4.3.1	O cidadão eleitor.....	84
4.3.2	O cidadão agente do poder	84
4.3.3	O cidadão colaborador (gestão privada de interesses públicos)	85
4.3.4	O cidadão seduzido.....	88
4.3.5	O cidadão censor.....	89
4.3.6	O cidadão propriamente participante	92
4.4	A participação propriamente dita	92
4.4.1	A cidadania participativa e o território político	93
4.4.2	A cidadania participativa e o território administrativo	95
4.4.3	As formas de participação no processo decisório de natureza administrativa	97
4.4.3.1	A participação de fato	97
4.4.3.2	A participação regulada.....	98
4.5	Conclusões	99
	Referências.....	100

CAPÍTULO 5

HABEAS DATA – ALGUMAS NOTAS DE LEITURA	103
--	-----

CAPÍTULO 6

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PATERNALISMO – CONSIDERAÇÕES

SOBRE A LEI DA FICHA LIMPA	111
6.1 Política e judicialização	111
6.2 Considerações sobre as decisões do STF	114
6.3 As razões da democracia	123
6.4 Caminhando para a conclusão – Exigência constitucional, Lei da Ficha Limpa e paternalismo libertário.....	126
Referências	129

CAPÍTULO 7

EXPULSÃO DO PARTIDO POR ATO DE INFIDELIDADE E PERDA DO

MANDATO	131
---------------	-----

CAPÍTULO 8

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO.....

8.1 Introdução.....	139
8.2 Direito à informação no quadro da reconfiguração do papel do Estado	139
8.3 Acesso à informação e legitimidade – A prática pública da democracia	142
8.3.1 Estado provedor ou regulador?.....	142
8.3.2 Regulação e <i>accountability</i>	147
8.4 A nova Lei de Acesso à Informação	149
8.4.1 Experiências de aplicação	151
8.4.2 Relações de parceria da Administração Pública e direito à informação.....	152
8.5 Considerações finais – Direito à informação no constitucionalismo emancipatório.....	154
Referências	155

CAPÍTULO 9

AÇÕES AFIRMATIVAS, JUSTIÇA E IGUALDADE

9.1 As ações afirmativas são justas?	157
9.2 O princípio constitucional da igualdade.....	167
Referências	172

PARTE II

JUDICIÁRIO E FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

CAPÍTULO 1

PODER JUDICIÁRIO – AUTONOMIA E JUSTIÇA.....

1.1 Função jurisdicional e Judiciário	175
1.2 O problema da autonomia	176
1.3 O problema do controle	178
1.4 O problema da justiça	183
1.5 A questão do acesso à justiça	187
1.6 Considerações finais.....	190
Referências	190

CAPÍTULO 2

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS.....	195
2.1 Poder Judiciário – Autonomia e responsabilidade	195
2.2 Características da responsabilidade por ato jurisdicional	196
2.2.1 Superando os argumentos imunizatórios	197
2.2.2 Configuração da atividade jurisdicional danosa	200
2.3 Atos jurisdicionais danosos.....	201
2.3.1 Hipóteses incontroversas.....	202
2.3.2 Hipóteses controversas	203
2.4 Conclusão.....	206
Referências	206

CAPÍTULO 3

NOTAS SOBRE A JUSTIÇA ELEITORAL.....	209
3.1 Introdução – A legitimidade como fundamento do poder político	209
3.2 O direito eleitoral como regulação do método democrático de legitimação do poder	210
3.3 A experiência eleitoral no Estado brasileiro – Breve panorama histórico	211
3.3.1 A experiência eleitoral no Império	211
3.3.2 A experiência eleitoral na Primeira República	212
3.3.3 A experiência eleitoral do pós 1930.....	213
3.4 O sistema eleitoral brasileiro na atualidade	213
3.4.1 Sistema de verificação dos poderes.....	213
3.4.2 Sistema eclético	214
3.4.3 Sistema jurisdicional puro – A Justiça Eleitoral.....	214
3.5 Organização da Justiça Eleitoral.....	215
3.5.1 Órgãos da Justiça Eleitoral	216
3.5.2 Composição dos órgãos da Justiça Eleitoral.....	216
3.5.2.1 Tribunal Superior Eleitoral.....	216
3.5.2.2 Tribunais Regionais Eleitorais	216
3.5.2.3 Juntas Eleitorais	216
3.5.2.4 Juizes eleitorais.....	217
3.6 O Ministério Público Eleitoral	217
3.7 A Justiça Eleitoral e suas atribuições.....	217
3.7.1 Competência administrativa funcional	217
3.7.2 Competência administrativa eleitoral.....	217
3.7.3 Competência normativa funcional	218
3.7.4 Competência normativa eleitoral	218
3.7.4.1 As consultas.....	218
3.7.4.2 As instruções	218
3.7.5 Competência jurisdicional propriamente dita.....	219
3.8 Para concluir.....	219
Referências.....	220

CAPÍTULO 4

ELEIÇÃO PARA CARGOS DIRETIVOS DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA E CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA. LIMITES DO PODER CONSTITUINTE ESTADUAL.....	221
4.1 A questão em debate	221
4.2 A inconstitucionalidade do art. 99, I da Constituição Estadual do Paraná e do art. 82, §8º do Regimento Interno do TJ/PR.....	222

4.3	Inaplicação das disposições inconstitucionais pelo Tribunal de Justiça do Paraná	225
4.4	Conclusão.....	227
	Referências.....	228

CAPÍTULO 5

A CONSTITUIÇÃO E OS REQUISITOS PARA A INVESTIDURA DO CHEFE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ESTADOS		229
5.1	Introdução.....	229
5.2	Procedimento de escolha do chefe do Ministério Público.....	229
5.3	Sistema de freios e contrapesos	232
5.4	Forma de escolha da chefia do Ministério Público e independência funcional	233
5.5	O papel do chefe do Executivo	236
5.6	Defesa da Constituição e devida composição da lista tríplice	238
5.7	Conclusão.....	241
	Referências	241

CAPÍTULO 6

CONSIDERAÇÕES SOBRE O MINISTÉRIO PÚBLICO – REGIME CONSTITUCIONAL E PODER DE INVESTIGAÇÃO EM MATÉRIA CRIMINAL...		243
I – Regime Constitucional.....		243
6.1	Introdução.....	243
6.2	O Ministério Público no quadro da organização dos Poderes.....	244
6.3	Os princípios institucionais do Ministério Público.....	245
6.4	Órgãos do Ministério Público	246
6.5	As garantias de independência do Ministério Público	246
6.5.1	As garantias institucionais	247
6.5.2	Garantias funcionais do Ministério Público	250
6.6	Funções institucionais do Ministério Público.....	254
II – Ministério Público e investigação criminal		255
6.7	Introdução.....	255
6.8	Interpretação constitucional.....	257
6.9	Uma questão de cooperação permanente e compartilhamento eventual	259
6.9.1	Investigação e acusação no juizado de instrução	259
6.9.2	Investigação e acusação no sistema constitucional brasileiro	261
6.10	Competência constitucional e Ministério Público	264
6.11	Autorização constitucional – Legitimidade do poder investigatório do Ministério Público.....	268
6.12	Investigação criminal, Ministério Público e devido processo legal	270
6.13	Conclusão.....	272
	Referências	272

PARTE III

ESTADO FEDERAL, PODER LEGISLATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CAPÍTULO 1

O ESTADO BRASILEIRO – ALGUMAS LINHAS SOBRE A DIVISÃO DE PODERES NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988		277
1.1	Introdução.....	277
1.2	Técnicas de distribuição constitucional de competências.....	280

1.3	O princípio da autonomia do Estado-Membro na Federação brasileira – A distribuição espacial de competências.....	281
1.3.1	Os poderes dos Estados-Membros.....	282
1.3.1.1	O Poder Constituinte.....	282
1.3.1.1.1	Princípios enumerados	283
1.3.1.1.2	Princípios estabelecidos.....	284
1.3.1.2	O poder político-administrativo.....	284
1.3.2	As competências dos Estados-Membros	284
1.3.2.1	Competência político-administrativa	285
1.3.2.1.1	Competência internacional.....	285
1.3.2.1.2	Competência militar	285
1.3.2.1.3	Competência política.....	285
1.3.2.1.4	Competência administrativa	286
1.3.2.2	Competência financeira	287
1.3.2.3	Competência legislativa	287
1.3.2.4	Competência social-econômica.....	290
1.3.2.4.1	A discriminação constitucional de rendas	291
1.3.2.4.2	O problema do desenvolvimento.....	293
1.4	Conclusão.....	295
	Referências	295

CAPÍTULO 2

A LEI NO ESTADO CONTEMPORÂNEO		299
2.1	Generalidades.....	299
2.2	O papel da lei	303
2.3	Ato legislativo e Poder Executivo.....	304
2.4	A título de conclusão.....	305
	Referências.....	306

CAPÍTULO 3

MEDIDAS PROVISÓRIAS E TRIBUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

3.1	Introdução.....	307
3.2	A Emenda Constitucional nº 32/2001, tributação e medida provisória	309
3.2.1	Impostos.....	309
3.2.2	Contribuições	314
3.2.3	Empréstimos compulsórios, impostos de competência residual e extraordinários	315
3.3	Conclusão.....	316
	Referências	317

CAPÍTULO 4

PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	319
---	-----

CAPÍTULO 5

PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

5.1	A atividade legislativa e sua descentralização	323
5.2	A participação do Executivo no processo de elaboração da lei	324
5.3	A atividade normativa do Poder Executivo no Brasil	326
5.4	Atividade normativa secundária – Os regulamentos.....	326
5.4.1	Limitações formais.....	328
5.4.2	Limitações materiais.....	330

5.5	Algumas distinções necessárias.....	331
5.6	Relações entre o regulamento e a lei.....	333
5.7	Alguns tipos de regulamentos e o direito brasileiro	334
5.7.1	Os regulamentos autônomos?	334
5.7.2	Os regulamentos independentes.....	335
5.7.3	Os regulamentos de necessidade?.....	335
5.7.4	Os regulamentos de execução.....	336
5.8	Regulamentos delegados?	338
5.8.1	Delimitação conceitual.....	338
5.8.2	Natureza dos regulamentos delegados.....	339
	Referências.....	341

CAPÍTULO 6

DIREITO CONSTITUCIONAL, NOVOS PARADIGMAS, CONSTITUIÇÃO GLOBAL E PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO.....

6.1	Introdução.....	345
6.2	Direito constitucional da efetividade.....	346
6.3	Direito constitucional e superação de fronteiras.....	350
6.4	Direito constitucional global	351
6.5	Integração regional e Mercosul.....	353
6.6	Experiência europeia.....	353
6.7	Considerações finais.....	355
	Referências	355

CAPÍTULO 7

ESTADO CONSTITUCIONAL, NEOCONSTITUCIONALISMOS E TRIBUTAÇÃO

7.1	Introdução.....	357
7.2	Neoconstitucionalismos?.....	358
7.3	Os direitos fundamentais	361
7.4	A jurisdição constitucional	363
7.5	Tributação e jurisdição constitucional	367
	Referências.....	367

CAPÍTULO 8

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA PETROLÍFERA E LEI Nº 9.478/1997

8.1	O regime constitucional do petróleo.....	371
8.2	A garantia do monopólio da União sobre o petróleo	372
8.3	A interpretação do regime constitucional de monopólio estatal do petróleo.....	373
8.4	A Lei nº 9.478/1997.....	374
8.5	Conclusão	375

CAPÍTULO 9

A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A INTERFACE ENTRE REGULAÇÃO SETORIAL E ANTITRUSTE NO DIREITO BRASILEIRO.....

9.1	Introdução.....	379
9.2	Reforma do Estado brasileiro e ênfase na intervenção estatal indireta	379
9.2.1	Setores estratégicos de infraestrutura, transferência da prestação de atividades econômicas para a iniciativa privada e a criação das agências reguladoras.....	381

9.2.2	Escopos da atividade regulatória	382
9.3	Relação entre regulação estatal setorial e antitruste	384
9.4	Autoridade antitruste (CADE) e competências regulatórias setoriais	387
	Referências	391

PARTE IV

CONSTITUIÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

CAPÍTULO 1

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE		395
1.1	Introdução	395
1.2	Primeiros apontamentos	396
1.3	Natureza, finalidade e procedimento	397
1.4	Legitimidade processual ativa e passiva	398
1.5	Participação dos <i>amici curiae</i>	400
1.6	Os atos impugnáveis por meio de ação direta genérica	401
1.7	A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos	405
1.8	Considerações finais	408
	Referências	408

CAPÍTULO 2

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL		411
--	--	-----

CAPÍTULO 3

INCONSTITUCIONALIDADE DECORRENTE DE CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA		419
3.1	Introdução	419
3.2	O exame das condições factuais	419
3.3	A possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de segmento normativo	420
3.4	O princípio constitucional da eficiência	422
3.5	Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade	426
3.6	Considerações finais	431
	Referências	432

CAPÍTULO 4

ADI Nº 1.856/RJ – INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL QUE REGULAMENTA A DENOMINADA <i>RINHA DE GALO</i> COMO ESPORTE. COMENTÁRIO		435
4.1	O caso	435
4.2	O problema de fundo e a solução	436
4.3	Para concluir	440
	Referências	440

CAPÍTULO 5

ULTRATIVIDADE DE NORMA CONSTITUCIONAL – EFETIVAÇÃO NO CARGO DE TITULAR DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL COM FUNDAMENTO EM DISPOSITIVO DE CONSTITUIÇÃO PRETÉRITA		441
5.1	Introdução	441
5.2	Prescrição quanto à efetivação realizada	441
5.3	Efetivação com fulcro no art. 208 da CF/1967	443

5.3.1	Satisfação dos requisitos para a efetivação no cargo de titular.....	443
5.3.2	A superveniência da CF/1988 não impede a efetivação.....	445
5.3.3	A proteção da confiança legítima	448
5.4	Considerações finais.....	450
	Referências.....	450

PARTE V

MATÉRIAS DE CIRCUNSTÂNCIA

CAPÍTULO 1		
	MEDIDAS PROVISÓRIAS – MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL DA CONSTITUIÇÃO?	455
CAPÍTULO 2		
	A MAIORIDADE DA CONSTITUIÇÃO.....	459
CAPÍTULO 3		
	SOBRE AS MEDIDAS PROVISÓRIAS (entrevista).....	461
CAPÍTULO 4		
	SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL (entrevista).....	465
CAPÍTULO 5		
	OS VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (entrevista)	467
CAPÍTULO 6		
	SAUDAÇÃO EM HOMENAGEM AO PROFESSOR CAIO TÁCITO.....	471
CAPÍTULO 7		
	DISCURSO EM AGRADECIMENTO PELA CONCESSÃO DO TÍTULO DE CIDADÃO HONORÁRIO DE CURITIBA	473
CAPÍTULO 8		
	DISCURSO PROFERIDO EM NOME DA FAMÍLIA NA SOLENIDADE DE INAUGURAÇÃO DE FÓRUM ELEITORAL QUE LEVA O NOME DO SERVIDOR HORLEY CLÈVE COSTA	479
CAPÍTULO 9		
	<i>NE TE QUAESIVERIS EXTRA</i>	483
	ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO.....	487
	ÍNDICE DA LEGISLAÇÃO	495
	ÍNDICE ONOMÁSTICO	499